

# VU Research Portal

## De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW

van Ommeren, F.J.

### ***published in***

Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, F. J. (2010). De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW. In T. Barkhuysen, W. den Ouden, & J. E. M. Polak (Eds.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (pp. 717-735). Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW

F.J. van Ommeren\*

## 1 Inleiding

De redactie van deze bundel heeft mij gevraagd met het oog op de toekomst van de Awb een bijdrage te schrijven over ‘de verhouding met het civiele recht, in het bijzonder de overeenkomst’. Ik voldoe daaraan graag, maar draai de volgorde om. Ik zal eerst voor de bevoegdhedenovereenkomst een regeling in de Awb bepleiten en daarvoor een – zeer tentatief – voorstel doen en vervolgens tegen die achtergrond ingaan op de verhouding tussen de Awb en het civiele recht.<sup>1</sup>

## 2 De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb

### 2.1 Overheidsovereenkomst en Awb

De overheid maakt in de praktijk zeer geregeld gebruik van overeenkomsten. In de Awb zal men echter tevergeefs zoeken naar een regeling over overeenkomsten. Goed beschouwd, is het eigenaardig dat een zo belangrijke bestuurspraktijk niet in de Awb is geregeld. In het licht van de grondwettelijke opdracht algemene regels van bestuursrecht vast te stellen (art. 107, tweede lid, Gw) mag een regeling voor de belangrijkste bestuursrechtelijke overeenkomsten eigenlijk niet ontbreken.

Het behoeft dan ook niet te verwonderen dat dit onderwerp van begin af aan op de agenda van de Awb-wetgever heeft gestaan. Reeds het voorontwerp voor de eerste tranche (1987) reserveerde een titel voor bestuursovereenkomsten. Het was overigens niet helemaal duidelijk wat de ontwerpers daarmee voor ogen stond.<sup>2</sup> Het onderwerp is steeds op de agenda blijven staan. In de Justitiebegroting voor het jaar 2000 – het voorontwerp voor de vierde tranche was net aangeboden – werd de overeenkomst genoemd als een mogelijk onderwerp voor de vijfde tranche. Daarbij

\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht, in het bijzonder inzake publiek- private rechtsbetrekkingen, aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1 Mijn dank gaat uit naar degenen die commentaar hebben geleverd op een eerdere versie van deze bijdrage en in het bijzonder naar mr. P.J. Huisman, die een proefschrift over bevoegdhedenovereenkomsten voorbereidt.

2 Door de regering is dit onderwerp wel genoemd in het kader van de onderlinge verhouding tussen bestuursorganen, zie PG Awb I, p. 54.

werd in het bijzonder op de figuur van de zogeheten bevoegdhedenovereenkomst gewezen.<sup>3</sup>

## 2.2 De bevoegdhedenovereenkomst

De overheid pleegt allerlei soorten overeenkomsten te sluiten. De bevoegdhedenovereenkomst is betrekkelijk eenvoudig te onderscheiden van de overige soorten overheidsovereenkomsten. Dit komt doordat zij betrekking heeft op het *gebruik* van een *publiekrechtelijke bevoegdheid*. Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst waarin het bestuursorgaan van te voren afsprekt hoe het zijn publiekrechtelijke bevoegdheid zal gaan gebruiken. Bevoegdhedenovereenkomsten worden zowel gesloten over het gebruik van bevoegdheden waarbij allerlei derdenbelanghebbenden betrokken zijn, bijvoorbeeld de bestemmingsplanovereenkomst,<sup>4</sup> als over het gebruik van bevoegdheden waarbij dat juist niet het geval is, bijvoorbeeld het fiscaal compromis.<sup>5</sup>

De bevoegdhedenovereenkomst kan in civielrechtelijke zin allerlei soorten overeenkomsten inhouden. Zij kan bijvoorbeeld het karakter hebben van een obligatoire overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW en ook van een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW.<sup>6</sup> Zo heeft een bestemmingsplanovereenkomst een obligatoir karakter, terwijl het fiscaal compromis tevens een vaststellingsovereenkomst is.<sup>7</sup>

Veel overheidsovereenkomsten hebben een *gemengd* karakter. Zij bevatten zowel bedingen waarvan een publiekrechtelijke bevoegdheid het object is als bedingen waarin over andere onderwerpen wordt gecontracteerd. Het zou dan ook eigenlijk correcter zijn te spreken over bevoegdhedenbedingen, ter onderscheid van de bedingen met een ander karakter. Dat is echter wel wat omslachtig en niet gebruikelijk. Ook ik zal hier gewoon over de bevoegdhedenovereenkomst spreken. Wat ik zeg geldt evenwel eveneens voor de bevoegdhedenbedingen van gemengde overeenkomsten.

Wil het zinvol zijn een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten, dan moet het bevoegde bestuursorgaan wel enige *discretionaire ruimte* hebben voor de uitoefening van zijn bevoegdheid. Met andere woorden: er moet wel iets te kiezen zijn. Als het evident is dat er maar één manier is waarop het bestuursorgaan zijn bevoegdheid kan gebruiken, dan voegt een bevoegdhedenovereenkomst weinig toe. Die discretionaire ruimte die met behulp van een bevoegdhedenovereenkomst kan worden benut, kan zowel de beleidsvrijheid, de beoordelingsvrijheid als de beoor-

3 Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 7, p. 9.

4 H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De bestemmingsplanovereenkomst: een hachelijk rechtsavontuur', *Gst.* (1995), 7007 nr. 1, p. 189 e.v. Hennekens vindt het overigens op de weg van de wetgever liggen een regeling te ontwerpen.

5 Zie R.H. Happé, P.M.F. van Loon, J.P.F. Slijpen, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, 2<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 37 met verdere literatuurverwijzingen.

6 Zie over de verhouding tussen de vaststellingsovereenkomst en de bevoegdhedenovereenkomst: K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 49 e.v.

7 Dit laatste is door de belastingkamer van de Hoge Raad overwogen, zie HR 25 november 1992, *BNB* 1993, 63 (Toiletjuffrouw).

delingsruimte van het bevoegde bestuursorgaan betreffen.<sup>8</sup> In een bevoegdhedenovereenkomst kan een bepaalde interpretatie (m.a.w.: beoordeling) van wettelijke voorschriften of van feitelijke omstandigheden worden vastgelegd, maar kunnen ook afspraken worden gemaakt over de invulling van de beleidsvrijheid, in de zin van de beleidsmatige ruimte die de wetgever het bestuursorgaan gelaten heeft. De bevoegdhedenovereenkomst kan, in de woorden van artikel 1:3 lid 4 Awb (beleidsregel) betrekking hebben op 'de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften'.

Bevoegdhedenovereenkomsten lijken op *beleidsregels*.<sup>9</sup> Zij hebben met beleidsregels gemeenschappelijk dat zij erop gericht zijn discretionaire bestuursruimte nader te concretiseren. Dat doen zij niet zomaar, maar op voorhand, dus voordat de bestuursbevoegdheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Bevoegdhedenovereenkomsten bevatten vaak algemene gedragsregels, maar kunnen ook meer concrete toezeggingen bevatten. In de rechtspraak is deze parallel meerdere malen getrokken. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak zit op deze lijn:

'De inhoud van de overeenkomst dient, nu op grond van de wet geen bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften omtrent schadevergoeding aan de minister toekomt, te worden aangemerkt als een beleidsregel, als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb, (...).'<sup>10</sup>

Juist bij het concipiëren van een wettelijke regeling in de Awb is het van belang de parallel met beleidsregels, die immers al een eigen regeling hebben, niet uit het oog te verliezen. Er is evenwel ook een verschil: bij beleidsregels is er slechts sprake van zelfbinding van de overheid. Door het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst is niet alleen de overheid gebonden maar ook de wederpartij. Dit verschil moet uiteraard niet worden veronachtzaamd, maar tegelijk moet het belang ervan ook niet worden overdreven. Ook in de jurisprudentie wordt het gerelativeerd.<sup>11</sup> Het is van belang in het oog te houden dat een bevoegdhedenovereenkomst vooraf gaat aan de daadwerkelijke uitoefening van de bevoegdheid waarop zij betrekking

8 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14<sup>e</sup> druk, Den Haag: Elsevier juridisch 2008, p. 147 e.v.

9 Zie F.J. van Ommeren, *Convenanten in soorten en maten*, in: F.J. van Ommeren & H.J. de Ru (red.), *Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties*, Den Haag: SDU 1993, p. 48-49; G. ten Berge, *Onderhandelend bestuur en bestuursrecht*, in: H.D. Stout & A.J. Hoekema, *Onderhandelend bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 40 e.v.; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, diss. VU, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 263; P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht*, Preadvies CJV 1998, p. 55 en R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: *Privaat bestuur?*, preadviezen VAR 2008, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 115 e.v., p. 148 e.v. C.N.J. Kortmann, 'Overeenkomsten in de vijfde tranche van de Awb?', in: *De vijfde tranche*, preadvies Jonge VAR 2002, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 109-114 is evenwel kritisch over deze parallelie.

10 ABRvS 2 juni 2004, AB 2004, 397 m.nt. NV.

11 Zie reeds de klassieke Landsmeer-arresten (HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 en 204 m.nt. JHB; AB 1963, p. 603 m.nt. St) waarin de HR spreekt van een *zichzelf bij overeenkomst gestelde gedragslijn*. Uit het arrest Patelski/Sittard (HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559, m.nt. PAS) blijkt dat de Hoge Raad het niet relevant vindt of de binding één- of tweezijdig is, de Hoge Raad spreekt van een door de overheid, *al dan niet eenzijdig*, aan een burger gedane toezegging.

heeft. Ik noem dat het *anterieure* karakter van de bevoegdhedenovereenkomst. Het bestuursorgaan geeft door het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst inzicht in de manier waarop het de hem toegekende bevoegdheid zál gaan gebruiken. Het bestuursorgaan geeft niet alleen inzicht, maar verbindt zich in beginsel conform het bepaalde te gaan gedragen. Bij het uitoefenen van de bevoegdheid moeten de contractueel vastgelegde afspraken in acht worden genomen.

Met het oog op het ontwerpen van een wettelijke regeling moet het begrip ‘bevoegdhedenovereenkomst’ zo goed mogelijk worden afgebakend. Hoewel de bevoegdhedenovereenkomst het meest duidelijk is te onderscheiden van andere overheidsovereenkomsten,<sup>12</sup> die veelal privaatrechtelijk zijn, moet er mijns inziens wel voor gewaakt worden niet alle overeenkomsten met een publiekrechtelijk object over één kam te scheren. Met name de *uitvoeringsovereenkomsten* staan in een geheel andere verhouding tot de publiekrechtelijke bevoegdheid. Uitvoeringsovereenkomsten gaan niet aan de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening vooraf, maar zijn pas aan de orde na het gebruik van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop zij betrekking hebben. Met andere woorden: zij hebben een *posterieur* karakter. Niet voor niets heten het *uitvoeringsovereenkomsten*. Een bekend voorbeeld van een uitvoeringsovereenkomst is de subsidie-uitvoeringsovereenkomst die is gecodificeerd in artikel 4:36 Awb. Een ander voorbeeld biedt de afvalinzamelingsovereenkomst.<sup>13</sup> Uitvoeringsovereenkomsten bepalen niets over de inhoud van het *te nemen* besluit (zoals van de beschikking tot subsidieverlening of van het besluit tot aanwijzing van de inzamelaar) maar hebben, zoals het woord al zegt, betrekking op de uitvoering van het besluit. Uitvoeringsovereenkomsten zijn dan ook geen bevoegdhedenovereenkomsten in de zin van deze bijdrage. Ook de vergelijking met beleidsregels gaat voor uitvoeringsovereenkomsten mank.

### 2.3 Rechtskarakter en rechtssubject

Een in de Awb geregelde bevoegdhedenovereenkomst is een meerzijdige *publiekrechtelijke* rechtshandeling. Hoe men ook naar geldend recht over het rechtskarakter van de bevoegdhedenovereenkomst mag denken,<sup>14</sup> door deze overeenkomst een eigen regeling in de Awb te geven, heeft de bevoegdhedenovereenkomst een publiekrechtelijk karakter. Een bevoegdhedenovereenkomst heeft per definitie betrekking op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. De uitvoeringshandelingen die het bestuursorgaan op grond van dit soort overeenkomsten verricht, hebben dikwijls het karakter van een besluit in de zin van ar-

12 Van Gestel 2008, p. 109 e.v., staat evenwel een bredere definitie dan die van bevoegdhedenovereenkomsten voor en wil daarbij ten dele ook (privaatrechtelijke) beleidsovereenkomsten betrekken. Waarover de interventie van P.J. Huisman, in: *Verslag* (VAR-reeks 141), p. 41, 42.

13 Waarover: F.J. van Ommeren & J. Vermont, ‘Uit-, aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen’, *Gst.* (2007) 7266, nr. 7, p. 32-33.

14 In de (klassieke) benadering van de gemene rechtsleer zijn alle overeenkomsten – dus ook bevoegdhedenovereenkomsten – privaatrechtelijk van aard, tenzij de overeenkomst ingevolge een bijzondere wettelijke regeling een publiekrechtelijk karakter heeft. In de bestuursrechtelijke handboeken wordt de bevoegdhedenovereenkomst doorgaans als publiekrechtelijk aangemerkt.

tikel 1:3 Awb.<sup>15</sup> Overheidsovereenkomsten die betrekking hebben op het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden zijn geen bevoegdhedenovereenkomsten in de hier bedoelde zin.

De bevoegdhedenovereenkomst wordt aan overheidszijde gesloten door het bevoegde *bestuursorgaan*. Dit is zelf contractspartij. Dat is het geval omdat in het bestuursrecht het bestuursorgaan de drager van rechten en plichten is. Dit is een verschil met privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten, waarbij aan overheidszijde de rechtspersoon partij is. Privaatrechtelijke overeenkomsten kunnen immers uitsluitend worden gesloten door natuurlijke personen of rechtspersonen. Tot voor kort was niet steeds helder hoe deze twee benaderingen op elkaar moesten worden afgestemd. Met de vierde tranche van de Awb is daarvoor een voorziening getroffen. Artikel 1:1, vierde lid, Awb luidt:

‘De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.’

Directe aanleiding om deze bepaling in de Awb op te nemen was de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden, maar zij is uiteraard ook voor andere onderwerpen relevant, zoals de overheidsovereenkomsten.

Om dezelfde redenen als dat bij het besluitbegrip van art. 1:3 lid 1 Awb het geval is – aan het schriftelijkheidsvereiste wordt vooral een bewijstechnische functie toegekend – is het verstandig dat de bevoegdhedenovereenkomst *schriftelijk* wordt vastgelegd. Dat past bij de systematiek van de Awb. Schriftelijk betekent in de Awb dat het stuk schrifttekens moet bevatten, ongeacht wat de drager van die schrifttekens is. Het kan dus ook om een elektronisch geschrift gaan.<sup>16</sup>

In de praktijk is niet steeds duidelijk wie aan overheidszijde de bevoegdhedenovereenkomst moet *ondertekenen*. Omdat het bestuursorgaan het orgaan is op wiens bevoegdheid de overeenkomst betrekking heeft, dient het bestuursorgaan – met andere woorden: de ambtsdrager – zelf de overeenkomst te ondertekenen. Dit is een verschil met de privaatrechtelijke overeenkomst, die wordt ondertekend door de vertegenwoordiger van de rechtspersoon; bijvoorbeeld bij gemeenten door de burgemeester (art. 171 Gemeentewet).

Een bevoegdhedenovereenkomst bevat dus een schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan. Zo omschreven, lijkt het alsof de bevoegdhedenovereenkomst aan de begripsomschrijving van artikel 1:3, eerste lid, Awb voldoet. Toch meen ik dat de bevoegdhedenovereenkomst *niet als Awb-besluit* moet worden aangemerkt. Belangrijk verschil is dat een besluit een eenzijdige beslissing van een bestuursorgaan inhoudt, terwijl de bevoegdhedenovereenkomst een meerzijdige rechtshandeling is.<sup>17</sup> Het eenzijdige karakter van Awb-besluiten blijkt weliswaar niet uit de letter van de wet, maar is wel af te leiden uit haar ge-

15 Niet altijd: ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst kunnen uiteraard ook *feitelijke* handelingen worden verricht.

16 Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 6.

17 Evenzo: M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 2<sup>e</sup> druk, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 197.

schiedenis met inbegrip van die van haar voorlopers<sup>18</sup> en volgt ook uit de heden-daagse systematiek van het bestuursrecht. Dit neemt overigens niet weg dat in de literatuur wel voorstellen zijn gedaan om de bevoegdhedenovereenkomst in het besluitmodel te persen.<sup>19</sup> Nodig lijkt me dat echter niet.

Aangezien bevoegdhedenovereenkomsten geen besluiten zijn in de zin van de Awb, ligt het niet voor de hand een regeling daarvoor op te nemen in hoofdstuk 4 Awb: Bijzondere bepalingen over besluiten.<sup>20</sup> Veeleer lijkt mij een nieuw hoofdstuk aangewezen, getiteld: 4A Bevoegdhedenovereenkomsten. Het eerste artikel kan de volgende begripsomschrijving bevatten:

*Artikel 4A.1 (Definitie)*

Onder bevoegdhedenovereenkomst wordt verstaan: een schriftelijke overeenkomst van een bestuursorgaan met een of meer personen<sup>21</sup> over het gebruik van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid.

Het woord 'publiekrechtelijk' kan niet worden gemist, omdat anders ook privaatrechtelijke overeenkomsten onder deze definitie zouden vallen.<sup>22</sup>

Te overwegen valt nog in een wettelijke omschrijving op te nemen waarop de bevoegdhedenovereenkomst betrekking heeft: 'de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften'.<sup>23</sup> Noodzakelijk is dit echter niet. Het betreft hier immers niet zozeer een afbakening van de ruimte om bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten, maar een nadere uitleg van waarop haar inhoud betrekking kan hebben. Daarom kan ermee worden volstaan deze uitleg op te nemen in de memorie van toelichting.

## 2.4 Besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst?

Het is van belang stil te staan bij de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst. Dient het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst aan overheidszijde steeds vooraf te worden gegaan door een voorbereidingsbesluit? Die vraag komt misschien wat uit de lucht vallen, maar van veel overheids-overeenkomsten, en in ieder geval van privaatrechtelijke overheidsovereen-

18 Het woord 'eenzijdige' zat wel in de definitie van de Wet Bab, maar is in de Wet Arob niet overgenomen. Men mag daaruit echter niet afleiden dat de eis van eenzijdigheid is vervallen; zie F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987, p. 71.

19 M.n. Ten Berge 1994, p. 40.

20 Opmerkelijk genoeg reserveerde de eerste tranche van de Awb titel 4.2 van het hoofdstuk 'Bijzondere bepalingen over besluiten' voor de bestuursovereenkomst.

21 De uitdrukking *belanghebbende* is niet geschikt, aangezien de overeenkomst geen besluit is en art. 1:2, eerste lid, Awb belanghebbende definieert als degene wiens belang rechtstreeks bij een *besluit* is betrokken. Niettemin spreek ik hierna – gewoontegetrouw – toch over derdenbelanghebbenden; het gaat me te ver het over derdenbetrokkenen of iets dergelijks te hebben: schrijftaal is nu eenmaal geen wettekst.

22 Ter vergelijking: in art. 1:3 lid 4 Awb wordt zonder meer gesproken over bevoegdheden, zodat ook beleidsregels over privaatrechtelijke bevoegdheden onder de begripsomschrijving vallen. Zie PG Awb III, p. 40, 41.

23 Vgl. Ten Berge 1994, p. 40.



komsten, wordt dit wel betoogd. De stap naar de bevoegdhedenovereenkomst lijkt dan niet zo groot.

*Privaatrechtelijke* overheidsovereenkomsten worden meer dan eens voorafgegaan door een besluit waarin wordt bepaald dat door de overheid een overeenkomst zal worden gesloten. Bij gemeenten is het college van burgemeester en wethouders bevoegd tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten (art. 160, eerste lid, onderdeel e, Gemeentewet), terwijl het de burgemeester is die de gemeente vertegenwoordigt.<sup>24</sup> Het college dient de gemeenteraad vooraf inlichtingen te geven over de uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheden indien de raad daarom verzoekt of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de gemeente. In het laatste geval neemt het college geen besluit dan nadat de raad in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen (art. 169, vierde lid). Een dergelijk besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst is ingevolge artikel 8:3 Awb niet vatbaar voor bezwaar en beroep.<sup>25</sup>

Wat hiervan ook zij, nog een stap verder gaat het ook voor *bevoegdhedenovereenkomsten* te vereisen dat zij door een besluit worden voorafgegaan waarin tot het sluiten van de overeenkomst wordt besloten.<sup>26</sup> Ik zie de noodzaak daarvan echter niet. In de eerste plaats is de in de Awb geregelde bevoegdhedenovereenkomst een publiekrechtelijke rechtshandeling. Artikel 8:3 Awb is derhalve op de voorbereiding van dit soort overeenkomsten niet van toepassing (maar wellicht wel artikel 6:3 Awb, zo zou men daar tegenover kunnen stellen; waarover paragraaf 2.11). In de tweede plaats is van belang dat bevoegdhedenovereenkomsten aan overheidszijde worden gesloten door het bestuursorgaan op wiens publiekrechtelijke bevoegdheid de overeenkomst betrekking heeft. In de regel is het derhalve niet nodig dat een (ander) bestuursorgaan het bestuursorgaan bevoegd maakt de overeenkomst te sluiten. Het betreft immers de *eigen* bevoegdheid van het bestuursorgaan. Dus waarom dan nog een apart voorbereidingsbesluit eisen? Bijzondere gevallen daargelaten, is dat niet zinvol. In de derde plaats zouden we door een verplicht besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst een reeks van (te) veel besluiten krijgen. De bevoegdhedenovereenkomst wordt waar het de toepassing van de bevoegdheid zelf betreft, in de praktijk immers gevolgd door een uitvoeringsbesluit. Om dan ook nog eens aan de bevoegdhedenovereenkomst een besluit tot het aangaan van de overeenkomst vooraf te laten gaan – met andere woorden: geen tweetraps- maar een drietrapsraket – levert een rechtsverhouding met onnodig veel besluiten op. Al met al lijkt mij een separaat besluit tot het aangaan van een bevoegdhedenovereenkomst in beginsel niet nodig.

24 Waarover: M.J. de Groot, 'Overeenkomsten sluiten door gemeenten in het duale bestel', *Gst.* (2003), nr. 7195, 173, p. 581 e.v.

25 Zie over de functie van dit artikel: P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingen ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid', *JBplus* 2008, p. 149 e.v.

26 Ten Berge 1994, p. 41, waarover uitvoerig Kortmann 2003, p. 110, 115. Zie ook Van Gestel 2008, p. 149.



## 2.5 Grenzen aan de bevoegdheid een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten

Dat een bestuursorgaan bevoegdhedenovereenkomsten kan sluiten en dat in dit voorstel de Awb die bevoegdheid van het bestuursorgaan uitdrukkelijk erkent, doet niet af aan het feit dat die bevoegdheid wel begrensd is. De *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* en de *grondrechten* zijn op alle overheidshandelen van toepassing; overigens ongeacht of het publiek- of privaatrechtelijk van karakter is.<sup>27</sup> Dat geldt a fortiori voor de (publiekrechtelijke) bevoegdhedenovereenkomst.<sup>28</sup>

Voor dit soort overeenkomsten is in het bijzonder het verbod op *détournement de pouvoir* relevant (vgl. art. 3:3 Awb). Het is bestuursorganen niet toegestaan over het gebruik van hun publiekrechtelijke bevoegdheid een overeenkomst te sluiten met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is toegekend. De bevoegdheden van de Wet op de ruimtelijke ordening strekken tot behartiging van planologische belangen. Het is derhalve niet geoorloofd een bestemmingsplanovereenkomst te sluiten die ertoe strekt volkshuisvestingsbelangen te realiseren. De Hoge Raad achtte een dergelijke overeenkomst wegens schending van het verbod op *détournement de pouvoir* in strijd met de openbare orde en daarom nietig.<sup>29</sup>

Voorts mogen de (formele) waarborgen van de wet, waarop de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd is gebaseerd, niet worden omzeild. De mogelijkheden van inspraak en advies bij bestemmingsplannen kunnen niet door middel van een bevoegdhedenovereenkomst worden gepasseerd.<sup>30</sup>

Omdat de bevoegdhedenovereenkomst aan het uitvoeringsbesluit vooraf gaat, is ook van belang dat – in ieder geval wanneer derden-belanghebbenden in het spel zijn – de overeenkomst weinig effect kan hebben indien het bestuursorgaan het moment van het maken van de belangenafweging zozeer heeft vervroegd dat het ten tijde van het nemen van het besluit niet meer een volledige belangenafweging kan maken. Het bestuursorgaan moet rekening houden met de inzichten zoals die bestaan op het moment van het nemen van de beslissing tot vergunningverlening. De betekenis van een overeenkomst die de toetsingsruimte van te voren beperkt, kan dan ook zeer gering zijn.<sup>31</sup>

Wanneer we een algemene regeling inzake bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb opnemen, heeft voor de toepasselijkheid van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 niets te worden geregeld. Artikel 3:1 lid 2 Awb voorziet reeds daarin. Deze schakelbepaling luidt:

27 Zie voor de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op een privaatrechtelijke overeenkomst reeds HR 27 maart 1987, AB 1987, 273 m.nt. FHvdB (Amsterdam/Ikon) en voor grondrechten HR 26 april 1996, AB 1996, 372 m.nt. ThGD (Rasti Rostelli).

28 Zie bijvoorbeeld voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel met betrekking tot een gemengde overeenkomst: ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458 m.nt. C.N.J. Kortmann (Wijziging tracébesluit).

29 HR 3 april 1998, AB 1998, 241 m.nt. ThGD (Alkemade/Hornkamp).

30 KB 24 september 1994, AB 1995, 494 m.nt. AWK (Doorn); ABRvS 7 juli 1997, Gst. nr. 7080, 7 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Bestemmingsplan Neerijnen).

31 AGRvS 1 september 1992, AB 1993, 400 m.nt. ThGD (Hydro Agri) en ABRvS 7 juli 1997, Gst. nr. 7080, 7 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Bestemmingsplan Neerijnen).

‘Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.’

In de literatuur wordt bij de *andere handelingen* dan besluiten doorgaans gedacht aan drie soorten bestuurshandelingen: mondelinge beslissingen, feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen. De wettelijk geregelde bevoegdhedenovereenkomst is echter, zo bleek, een publiekrechtelijke rechtshandeling die geen besluit inhoudt, want zij is niet eenzijdig van aard. Daarmee hebben we dus een vierde categorie van handelingen voor ogen waarop deze bepaling betrekking heeft: de *meerzijdige* publiekrechtelijke rechtshandelingen. Dit artikel is derhalve ook op de bevoegdhedenovereenkomst van toepassing.

## 2.6 Hoorplicht

Men zou wellicht op grond van het voorafgaande en in het bijzonder op grond van de toepasselijkheid van normen van publiekrechtelijke herkomst en de van overeenkomstige toepasselijkheid van de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb kunnen denken dat het met de bescherming van *derden-belanghebbenden* wel goed zit. Maar dat gaat mij toch te ver. Wanneer de overheid een bevoegdhedenovereenkomst aangaat komen derden-belanghebbenden (feitelijk) op achterstand te staan.<sup>32</sup> Immers, voorafgaand aan de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid legt het bestuur in overeenstemming met een of meer wederpartijen reeds een aantal zaken vast en het blijft zeer de vraag of ondanks deze waarborgen met de belangen van derden wel in dezelfde mate rekening is gehouden als met de belangen van de wederpartij. Ik meen dat het goed is als in de Awb de ongelijkheid in rechtspositie tussen de wederpartij bij de bevoegdhedenovereenkomst en de derden-belanghebbenden wordt gecompenseerd. Daarvoor zijn verschillende soorten voorzieningen in het leven te roepen. Ik denk met name aan een hoorplicht en de bekendmaking.

Het lijkt mij van belang dat bestuursorganen wanneer zij voornemens zijn een bevoegdhedenovereenkomst te gaan sluiten, verplicht zijn derden-belanghebbenden te horen over de voor hen relevante feiten en belangen. Uiteraard is dit niet in alle gevallen zinvol; dat ligt in het bijzonder aan de aard van de bevoegdheid waarover wordt gecontracteerd. Voor een fiscaal compromis is deze waarborg niet nodig, voor een bestemmingsplanovereenkomst des te meer. Artikel 4:8 Awb geeft een regeling voor het horen van derdenbelanghebbenden voor het geven van beschikkingen, waarin met dit soort verschillen rekening is gehouden. Dit artikel zou van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard op de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst. Het volgende artikel luidt dan ook als volgt:

<sup>32</sup> Zie uit velen: S.E. Zijlstra, *Convenanten*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 58 e.v. Ten Berge 1994, p. 41, Kortmann 2003, p. 110 e.v.

*Artikel 4A.2 (Vorbereiding)*

Op de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst is artikel 4:8 van overeenkomstige toepassing.

Men zou kunnen menen dat het nodig is nog verder te gaan. Zo rijst de vraag of als een besluit zelf wordt voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb), de bevoegdhedenovereenkomst die daarop betrekking heeft, eveneens aan de hand van deze voorbereidingsprocedure moet worden voorbereid. Het lijkt mij te ver gaan dat dwingend voor te schrijven. In wezen wordt het (gehele) besluitvormingsproces daardoor sterk naar voren gehaald. Te betwijfelen valt of dat noodzakelijk is. Uiteraard kan het bestuursorgaan deze voorbereidingsprocedure wel toepassen op de totstandkoming van de bevoegdhedenovereenkomst in die gevallen dat het dat wenselijk acht (hetgeen zelden zal voorkomen), het is immers een facultatieve procedure. Wetstechnisch gezien behoeft daarvoor niets te worden geregeld, want artikel 3:1 lid 2 Awb heeft immers ook betrekking op afdeling 3.4.

## 2.7 Bekendmaking

Een ander probleem van de contracterende overheid is de gebrekkige *bekendmaking* die aan overeenkomsten jegens derden pleegt te worden gegeven. Ik vind dit extra bezwaarlijk wanneer over een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gecontracteerd, zij het dat het ook hier wel verschil maakt over welk soort bevoegdheid wordt gecontracteerd: een fiscaal compromis behoeft uit de aard der zaak niet aan de grote klok te worden gehangen, een bestemmingsplanovereenkomst echter wel. Ook hier geldt dat de Awb voor de bekendmaking van besluiten reeds een uitgekiend systeem kent waarbij rekening wordt gehouden met de betrokkenheid van derdenbelanghebbenden. Ik zou niet weten waarom voor bevoegdhedenovereenkomsten niet bij dit systeem kan worden aangesloten. Het verdient daarom aanbeveling de artikelen 3:41 en 3:42 Awb van overeenkomstige toepassing op bevoegdhedenovereenkomsten te verklaren.

Te overwegen valt deze regeling iets te verzwaren, door voor te schrijven dat van de bekendmaking *mededeling* wordt gedaan aan degenen die zijn gehoord en eventueel aan adviseurs, zeker indien van hun advies is afweken. Artikel 3:43 Awb heeft daarop betrekking. Voor het (uitzonderlijke) geval dat de bevoegdhedenovereenkomst is voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is de mededelingsplicht van artikel 3:44 Awb relevant.

Het is in het bestuursrecht van belang dat de rechtsgevolgen van rechtshandelingen niet kunnen intreden voordat zij aan de betrokken burgers zijn bekendgemaakt. Zolang de bevoegdhedenovereenkomst nog niet is bekendgemaakt, heeft zij derhalve nog niet de gevolgen van een publiekrechtelijke rechtshandeling. De bekendmaking is een constitutief vereiste voor de externe werking van dit soort rechtshandelingen.<sup>33</sup> Daarom dient, net als voor Awb-besluiten, te gelden dat een

33 PG Awb I, p. 231. Zie ook F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1999, p. 27, 28.

bevoegdhedenovereenkomst niet in werking treedt voordat zij is bekendgemaakt (vgl. art. 3:40 Awb).

Het is voor betrokkenen van belang om te weten over welke publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gecontracteerd. Daarom ligt het voor de hand, net als bij beleidsregels, voor te schrijven dat het bestuursorgaan bij de bekendmaking dit wettelijke voorschrift vermeldt. Indien de bevoegdhedenovereenkomst betrekking heeft op een buitenwettelijke publiekrechtelijke bevoegdheid is dit uiteraard niet mogelijk. Al met al zou het artikel over de bekendmaking er als volgt uit kunnen zien:

*Artikel 4A.3 (Bekendmaking)*

1. Een bevoegdhedenovereenkomst treedt niet in werking voordat zij is bekendgemaakt.
2. De artikelen 3:41 tot en met 3:44 zijn van overeenkomstige toepassing.
3. Bij de bekendmaking van de overeenkomst wordt zo mogelijk het wettelijk voorschrift vermeld waaruit de bevoegdheid voortvloeit waarop de overeenkomst betrekking heeft.

## 2.8 Motivering van uitvoeringsbesluiten

Wanneer de Awb voorschrijft dat bevoegdhedenovereenkomsten schriftelijk worden gesloten en dat zij ordentelijk dienen te worden bekendgemaakt, staat niets eraan in de weg ze te gebruiken ter motivering van het uitvoeringsbesluit. Sterker nog, het zou dubbelop zijn een aparte motivering te vereisen indien niet meer gebeurt dan toepassing geven aan de overeenkomst. Het uitvoeringsbesluit is immers vaak niet meer dan de weerslag van de bevoegdhedenovereenkomst. Het maakt daarvoor geen verschil of de bevoegdhedenovereenkomst concrete toezeggingen of algemene gedragslijnen bevat.

Indien mogelijk, is het overigens niet bezwaarlijk dat ook andere besluiten dan uitvoeringsbesluiten aan de hand van de bevoegdhedenovereenkomst van een deugdelijke motivering worden voorzien. Dit brengt mij tot het volgende artikel, dat in afdeling 3.7 Awb (Motivering) kan worden ingevoegd:<sup>34</sup>

*Artikel 3:51 (Motivering)*

Ter motivering van een besluit kan slechts worden volstaan met een verwijzing naar een toezegging of een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een bevoegdhedenovereenkomst of een beleidsregel.

## 2.9 Binding

De overheid wordt in de praktijk wel een onbetrouwbare contractspartner genoemd. Dit komt doordat zij zich meer dan eens niet aan haar overeenkomsten pleegt te houden. Zeker bij bevoegdhedenovereenkomsten kan dit het geval zijn. Met een beroep op het algemeen belang probeert de overheid zich aan haar afspraken te onttrekken. Vroeger slaagde zij daarin vrij gemakkelijk. Mede daar-

<sup>34</sup> In de wijzigingswet moet worden bepaald dat art. 4:82 vervalt.

aan heeft zij haar slechte naam op dit vlak te danken. Sinds enige decennia is de rechter echter strenger geworden: bij een geslaagd beroep op het algemeen belang komt de overheid niet zomaar meer onder de door haar aangegane verplichtingen uit, maar moet zij daarvoor schadevergoeding betalen.

Dit volgt met name uit de koers die in de jurisprudentie is ingezet met het arrest GCN/Nieuwegein.<sup>35</sup> De Hoge Raad overwoog over een vordering tot nakoming:

‘Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’

Uit het arrest blijkt dat de vraag of de omstandigheden, op grond waarvan de overheid zich niet aan de overeenkomst hoeft te houden, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, niet van wezenlijk belang is. De Hoge Raad overwoog over de vraag wanneer voor deze uitkomst voldoende rechtvaardiging bestaat:

‘Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend.’

Bij de aard van de overeenkomst dient mijns inziens in het bijzonder gedacht te worden aan de omstandigheid of het een bevoegdhedenovereenkomst of een ander soort overeenkomst betreft. Evenals bij de aard van de overeenkomst zal bij de aard van de overheidstaak vooral van belang zijn in hoeverre het algemeen belang de actie tot nakoming kan doen verlammen, zodat vooral slechts de mogelijkheid van schadevergoeding overblijft. Bij een beleidswijziging – en daar zal het in de regel vaak om gaan – dienen bovendien ook de *maatschappelijke* belangen in ogenschouw te worden genomen. Het is om deze reden dat ik hierboven met recht kon stellen dat het *algemeen belang* – in deze context niet iets wezenlijk anders dan het maatschappelijk belang – aan de nakoming in de weg kan staan.

Het is van belang dat de Awb voldoende waarborgen biedt tegen de overheid als onbetrouwbare contractspartner. Als de binding aan de bevoegdhedenovereenkomst in de ogen van het bestuursorgaan te ver gaat of als het niet-nakomen te veel geld gaat kosten, moet het bestuursorgaan dat van te voren inzien en minder ver strekkende verplichtingen aangaan: dat kan bijvoorbeeld door *inspannings*-verplichtingen in plaats van *resultaats*verplichtingen op te nemen.

Voor een te concipiëren wettelijk voorschrift dat de bindende kracht van de bevoegdhedenovereenkomst tot uitdrukking brengt, zou op het eerste gezicht wellicht inspiratie kunnen worden opgedaan door te kijken naar de inherente

<sup>35</sup> HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS. Zie ook HR 10 september 1993, *NJ* 1996, 3 m.nt. MS (Den Dulk / Curaçao).

afwijkingsbevoegdheid die bestuursorganen ten aanzien van beleidsregels hebben. De bepaling zou dan als volgt komen te luiden:<sup>36</sup>

‘Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de bevoegdhedenovereenkomst, tenzij dat voor een of meer personen gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de overeenkomst te dienen doelen.’

Een dergelijk voorschrift lijkt mij echter niet aantrekkelijk, aangezien de afwijkingsgrond hier net langs de kern heen gaat. De personen in wier belang onder omstandigheden van de bevoegdhedenovereenkomst mag worden afgeweken, zijn immers *derden* die geen partij zijn bij de overeenkomst, terwijl bij beleidsregels de personen in wier belang mag worden afgeweken *geadresseerden* van de beleidsregel zijn. Min of meer gelijkkluidende formuleringen zouden alsdan in één wet in tamelijk verschillende zin worden gebezigd.

Beter lijkt het mij dichter bij de hierboven besproken jurisprudentie te blijven. De algemene belangen waarop het bestuursorgaan een beroep doet, moeten van voldoende gewicht zijn om de afwijking van de bevoegdhedenovereenkomst te rechtvaardigen. Ik kom dan ook tot het volgende voorschrift:

*Artikel 4A.4 (Binding)*

1. Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de bevoegdhedenovereenkomst, tenzij zwaarwegende algemene belangen zich daartegen verzetten.

Welke algemene<sup>37</sup> belangen voldoende zwaarwegend zijn, is in zijn algemeenheid moeilijk te zeggen. Het ligt mijns inziens in de rede dat het van de bevoegdhedenovereenkomst afwijkende handelen *noodzakelijk en evenredig* moet zijn. Dit betekent in het bijzonder dat dit handelen onmisbaar dient te zijn, in die zin dat de beoogde algemene belangen niet met ander handelen, waarvoor niet van de overeenkomst hoeft te worden afgeweken, kunnen worden gerealiseerd en dat dit handelen niet verder mag gaan dan voor het bereiken van de algemene belangen ten minste nodig is. Wellicht zouden deze eisen uitdrukkelijk in de wet moeten worden verankerd.<sup>38</sup> De precieze mate van de vereiste binding zal zich in de rechtspraak verder moeten uitkristalliseren.

<sup>36</sup> Vgl. Ten Berge 1994, p. 41 en meer uitvoerig Kortmann 2003, p. 113, die een dergelijk voorschrift echter ongewenst acht.

<sup>37</sup> Wie, zoals Jurgens in haar noot onder ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 en B.J. Schueler, ‘Goede besluiten met slechte gevolgen’, in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, preadvies VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 139, 140, meent dat de overheid bovendien kan opkomen voor de specifieke belangen van bepaalde burgers zonder dat het algemeen belang hiermee is gediend, zal behoefte hebben aan een aanvullende afwijkingsgrond.

<sup>38</sup> Art. 3:4 lid 2 Awb is via art. 3:1 lid 2 van overeenkomstige toepassing op bevoegdhedenovereenkomsten.

## 2.10 Schadevergoeding bij niet-nakoming

Maar met een voorschrift over de binding zijn we er nog niet. Uit de aangehaalde rechtspraak blijkt dat voor zover de overheid niet hoeft na te komen, de daarvoor veroorzaakte schade van de wederpartij in beginsel moet worden vergoed. Het bestuursorgaan handelt rechtmatig voor zover zwaarwegende algemene belangen dit optreden rechtvaardigen. Met het oog daarop kan aan artikel 4A.4 een bepaling van de volgende strekking worden toegevoegd:

2. Indien het bestuursorgaan op grond van zwaarwegende algemene belangen niet handelt overeenkomstig de bevoegdhedenovereenkomst en de wederpartij daardoor schade lijdt of zal lijden, kent het de wederpartij een vergoeding toe, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de wederpartij behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet voldoende anderszins is verzekerd.

Voor die situaties waarin het bestuur de schade die zijn optreden veroorzaakt moet vergoeden, terwijl dit optreden zelf niet ongeoorloofd is, kennen we overigens sinds kort een Awb-voorontwerp: de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Wellicht is het mogelijk bij de nadeelcompensatietitel van dit voorontwerp aansluiting te zoeken. Daaraan zitten echter te veel haken en ogen om in dit bestek zelfs maar een begin met een uitwerking te maken. De grondslag van de vergoeding bijvoorbeeld is in de nadeelcompensatietitel gegrondvest op het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, terwijl het hier om een vertrouwensschending gaat.<sup>39</sup>

De mate van de binding en de schadevergoeding hangen nauw met elkaar samen: naar mate de binding harder is, zal eerder blijken dat het bestuursorgaan niet overeenkomstig de bevoegdhedenovereenkomst handelt, waardoor schadevergoeding eerder geboden is. In die zin is er een nauw verband tussen het hier voorgestelde eerste en tweede lid.

Wanneer het bestuursorgaan zich echter niet aan de bevoegdhedenovereenkomst houdt en deze afwijking *onrechtmatig* is, dan gelden de gewone regels van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Het hier voorgestelde tweede lid is niet van toepassing op die situatie.

## 2.11 Bevoegde rechter

Welke rechter is bevoegd om kennis te nemen van geschillen die verband houden met bevoegdhedenovereenkomsten? Dit ligt bij bevoegdhedenovereenkomsten wat gecompliceerder dan bij andere overheidsovereenkomsten. Bij bevoegdhedenovereenkomsten kan niet alleen de burgerlijke rechter maar ook de bestuursrechter bevoegd zijn van het geschil kennis te nemen.

De overheid zal als eiseres in een geschil over het aangaan, de inhoud of de uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst steeds de civielrechtelijke rechtsgang moeten volgen (veelal met een vordering tot nakoming of ontbinding en schade-

<sup>39</sup> Zie over de verschillende grondslagen: Schueler 2002, p. 119 e.v.



vergoeding wegens wanprestatie), aangezien haar wederpartij, de burger, geen besluiten in de zin van de Awb kan nemen.

Maar voor de wederpartij ligt dit anders. De burger zal als rechtzoekende bij een geschil over een bevoegdhedenovereenkomst steeds moeten vaststellen bij welk soort rechter hij terecht kan. Bij geschillen over de totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst is het betrekkelijk eenvoudig. In die situatie moet de rechtzoekende in beginsel naar de burgerlijke rechter. Dit kan iets anders liggen indien de bevoegdhedenovereenkomst is voorafgegaan door een separaat besluit tot het aangaan van de bevoegdhedenovereenkomst. Ik heb hiervoor al laten zien dat aan een dergelijk besluit mijns inziens in beginsel geen behoefte bestaat. Mocht in een bepaald geval toch een voorbereidingsbesluit zijn genomen, dan staat artikel 6:3 Awb in beginsel aan de vatbaarheid voor bezwaar en beroep in de weg, zij het dat dit artikel ruimte laat voor een uitzondering indien de beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

Bij geschillen over de uitvoering van de bevoegdhedenovereenkomst zal de burger de bestuursrechtelijke rechtsgang moeten nemen wanneer de uitvoeringshandeling een besluit in de zin van de Awb inhoudt.<sup>40</sup> Hij kan slechts bij de burgerlijke rechter terecht wanneer het besluit waarover een overeenkomst is gesloten niet vatbaar is voor bezwaar en beroep, hetgeen niet zo heel dikwijls het geval zal zijn. Slechts bij uitzondering zal de burgerlijke rechter derhalve het object van de bevoegdhedenovereenkomst, de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, inhoudelijk kunnen beoordelen. Als er een procedure bij de bestuursrechter mogelijk is, zal men bij de burgerlijke rechter veelal enkel nog een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen; met het oog op de rechtsmachtverdeling zal de burgerlijke rechter zich onthouden van een inhoudelijk oordeel over het besluit.<sup>41</sup>

Tot zover het geldende recht met betrekking tot de rechterlijke competentieverdeling bij bevoegdhedenovereenkomsten. Zou hierin verandering moeten worden gebracht? Zouden geschillen omtrent bevoegdhedenovereenkomsten in beginsel niet over de hele linie moeten worden ondergebracht bij de bestuursrechter?<sup>42</sup> Daarvoor is in zoverre iets te zeggen dat het hier over geschillen over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden gaat. Bovendien is de competentieverdeling nu wel erg ingewikkeld, met twee soorten rechters die beide bevoegd kunnen zijn. Het feit dat veel uitvoeringshandelingen, vanwege hun besluitkarakter, vatbaar zijn voor beroep op de bestuursrechter, vormt een – sterk – argument de bevoegdhedenovereenkomst eveneens vatbaar te laten zijn voor beroep op de bestuursrechter: het is niet handig als in één rechtsbetrekking eerst de civiele rechter en daarna de bestuursrechter bevoegd is. Het heeft de voorkeur dat dezelfde soort rechter bevoegd blijft.<sup>43</sup>

40 HR 21 april 2006, AB 2007, 106 m.nt. P.J. Huisman (Abacus).

41 G.T.J.M. Jurgens, 'Gewijzigd overheidsbeleid en de uitvoering van overheidscontracten', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 118.

42 Van Gestel 2008, p. 149, bepleit rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

43 Dit is ook de ratio van art. 8:73 Awb met betrekking tot schadevergoeding bij een gegrond beroep.

Er is niettemin een – mijns inziens nóg sterker – argument dat vooralsnog tegen een dergelijke verschuiving van rechterlijke competenties pleit: het bestuursprocesrecht is er in het geheel niet op ingericht. Immers, in het bestuursprocesrecht is het de burger, de belanghebbende,<sup>44</sup> die opkomt tegen het door het bestuursorgaan genomen besluit. Dat model is te beperkt en te eenzijdig om geschillen die voortvloeien uit bevoegdhedenovereenkomsten in de volle breedte te beslechten. Als we nu de bevoegdhedenovereenkomst onder de competentie van de bestuursrechter zouden brengen, dan zou de overheid voor het eerst bij de bestuursrechter tegen burgers kunnen procederen. Bekeken zou moeten worden in hoeverre de overheid de bevoegdheid zouden moeten hebben om vorderingen tot nakoming, ontbinding of schadevergoeding bij de bestuursrechter in te stellen. Bovendien zou bezien moeten worden in hoeverre de burger dergelijke vorderingen bij deze rechter zou moeten kunnen instellen. Er is thans sprake van een fundamentele onbalans, die past bij de uitgangspunten van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het wijzigen daarvan vergt te veel ingrijpende veranderingen van het bestuursprocesrecht.

## 2.12 Nut en noodzaak van een Awb-regeling

Wanneer we het voorgaande nog even de revue laten passeren, dan blijken er redenen te over te zijn om een algemene wettelijke regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten tot stand te brengen. Een hoofdstuk in de Awb is de aangewezen plaats om die regeling op te nemen: de Awb is de algemene wet die bij uitstek betrekking heeft op het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>45</sup> Belangrijk voordeel van een wettelijke regeling is dat het buiten twijfel stelt dat bestuursorganen in beginsel over het gebruik van hun publiekrechtelijke bevoegdheden overeenkomsten kunnen sluiten en dat het bestuursorgaan zelf daarbij aan overheidszijde partij is. Het gebruik van de overeenkomst bij de motivering van uitvoeringsbesluiten wordt eenvoudiger. Door een wettelijke regeling worden de waarborgen voor de wederpartij en derden versterkt. In het bijzonder valt te noemen de hoorplicht, het schriftelijkheidsvereiste en de verplichte bekendmaking, ook aan derden. Een geoorloofd afwijken van de bevoegdhedenovereenkomst ontslaat het bestuursorgaan niet van zijn schadevergoedingsplicht jegens de wederpartij. Het blijkt goed mogelijk de bevoegdhedenovereenkomst te regelen zonder het – nodeloos complicerende – besluit tot het aangaan van de overeenkomst in de regeling te betrekken: de waarborgende publiekrechtelijke normen kunnen zonder een dergelijk besluit op de bevoegdhedenovereenkomst van toepassing zijn. Door een regeling in de Awb te bepleiten, zou wellicht de gedachte kunnen ontstaan dat ik daarmee ook de bestuursrechter over de hele linie bevoegd zou willen maken kennis te nemen van geschillen die uit dit soort overeenkomsten voortvloeien. Dat is echter niet het geval. De Awb-titel over beleidsregels laat overigens

44 Dat kan weliswaar ook een bestuursorgaan zijn (vgl. art. 1:2 lid 2), maar dat doet er niet aan af dat het bestuursproces een eenzijdig ingerichte procesgang is.

45 Anders: Kortmann 2003, p. 122, die een regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in het BW bepleit.

zien dat zulks ook niet noodzakelijk is. Het is nog te vroeg om de competentie van de rechter te willen wijzigen.

### **3 Ook andere soorten overheidsovereenkomsten in de Awb?**

Zou er in de Awb ook een algemene regeling voor andere soorten overheids-overeenkomsten dan de bevoegdhedenovereenkomst moeten komen? De meeste van die overheidscontracten hebben betrekking op het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden. De Awb is daarvoor niet bestemd. Bovendien is het de vraag wat een dergelijke regeling zou moeten toevoegen aan de algemene vermogensrechtelijke regels over (obligatoire) overeenkomsten van het BW. Voor de fase van de totstandkoming van bepaalde overheidsovereenkomsten zijn er al speciale wettelijke regels: de aanbestedingswetgeving.

Ik zou in de Awb dan ook willen volstaan met het invoegen van een hoofdstuk over de bevoegdhedenovereenkomst en voor zover wenselijk op den duur enige voorzieningen willen opnemen voor bijzondere publiekrechtelijke uitvoeringsovereenkomsten, zoals we die thans al kennen voor de subsidie-uitvoeringsovereenkomst van artikel 4:36.

### **4 De verhouding met het BW**

Hoe verhoudt de hier voorgestelde regeling in de Awb over bevoegdhedenovereenkomsten zich tot de regels van het privaatrecht, meer in het bijzonder tot het BW? Immers, het BW bevat een uitvoerige regeling over overeenkomsten, die bovendien aan de hand van omvangrijke en gedurende vele decennia opgebouwde jurisprudentie een eigen invulling heeft gekregen. De vraag naar deze verhouding is te meer van belang nu het voorgestelde Awb-hoofdstuk allerlei zaken ongeregeld laat.

De Awb-wetgever heeft zich al eens over dit vraagstuk gebogen. Aanleiding was de regeling over bestuursrechtelijke geldschulden van de vierde tranche. In de MvT is het volgende uitgangspunt gekozen:

‘In de eerste plaats geldt dat de regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt met zich dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht. In de tweede plaats dient als leidraad dat ondanks dit onderscheid modeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moet worden vermeden.’<sup>46</sup>

Voor rechtstreekse toepassing van bepalingen uit het BW op publiekrechtelijke verhoudingen ziet de Awb-wetgever dus geen ruimte. Wel is er onder omstandigheden plaats om BW-voorschriften van *overeenkomstige* toepassing op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen te achten.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14. Het zijn de uitgangspunten die ook ten grondslag liggen aan Scheltema & Scheltema 2008, p. 4.

<sup>47</sup> Zie voor de betekenis van deze benadering voor *bestuursrechtelijke geldschulden*: B.J. Schueler, ‘Geldschulden tussen publiekrecht en privaatrecht’, *O&A* 2005, p. 2 e.v.

Het zal duidelijk zijn dat dit uitgangspunt ook voor de verhouding met een Awb-regeling over bevoegdhedenovereenkomsten uiterst relevant is. De bepalingen van het BW gelden op grond van dit uitgangspunt niet rechtstreeks voor bevoegdhedenovereenkomsten, maar kunnen in bepaalde gevallen wel van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van de overeenkomst daaraan niet in de weg staat.

Aangezien dit de recente keuze is van de Awb-wetgever, ligt het voor de hand deze benadering ook voor de hier voorgestelde regeling te laten gelden. Het goede van deze benadering is mijns inziens dat het als vertrekpunt neemt dat publiekrecht en privaatrecht in wezen niet hetzelfde karakter hebben.<sup>48</sup> Privaatrechtelijke wettelijke regels zijn niet geschreven voor publiekrechtelijke verhoudingen. De toepassing van dit soort voorschriften op publiekrechtelijke verhoudingen kan relatief gemakkelijk geforceerd of verkeerd uitpakken.

Dit neemt niet weg dat aan deze in de vierde tranche gekozen benadering – althans aan de manier waarop daaraan uitwerking is gegeven – ook een bezwaar kleeft. Met name door Drupsteen is er terecht op gewezen dat het probleem met deze benadering is dat de Awb een complete regeling moet bevatten, omdat we niet zonder meer op analoge toepassing van het privaatrecht kunnen terugvallen.<sup>49</sup> De regeling over bestuursrechtelijke geldschulden beoogt in beginsel volledig te zijn. Het gevolg is dat bepalingen uit het BW soms letterlijk zijn overgenomen of van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>50</sup>

Het zal duidelijk zijn dat het hier gepresenteerde voorstel voor een regeling over de bevoegdhedenovereenkomst in de Awb daarentegen *niet uitputtend* is bedoeld. Voor allerlei vragen over bevoegdhedenovereenkomsten bevat dit voorstel geen voorziening. In die gevallen zal – bij gebrek aan andere wetgeving – naar het BW gegrepen moeten worden voor een analoge toepassing, waarbij in het oog moet worden gehouden dat deze voorschriften niet direct voor bevoegdhedenovereenkomsten bestemd zijn.

Neem bijvoorbeeld de totstandkoming van de bevoegdhedenovereenkomst. Deze is in dit Awb-voorstel niet geregeld, anders dan dat bij de totstandkoming derdenbelanghebbenden in beginsel moeten worden gehoord (art. 4A.2). Het BW kent evenwel een uitvoerige regeling voor de totstandkoming van obligatoire overeenkomsten (art. 6:217 e.v.). De regel dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan is een algemene rechtsregel van publiek- en privaatrecht, die wel in het BW maar niet in de Awb is gecodificeerd. Het is naar mijn mening weinig zinvol deze regel nu ook in de Awb op te nemen. Dat zou immers weinig toevoegen. Het zou twee gescheiden systemen met een overvloed aan wettelijke regels geven.

Ofschoon ik het uitgangspunt van de vierde tranche deel – de regels van het ene

48 Hierin verschilt deze benadering van de (klassieke) *gemene rechtsleer*, die niet uitgaat van een principieel verschillend karakter van de normen van bestuursrecht en privaatrecht en ervan uitgaat dat het privaatrecht van toepassing is tenzij het bestuursrecht derogeert. Zie reeds Paul Scholten, *Algemeen deel (Asser serie)*, 3<sup>e</sup> druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 30-32.

49 Th. G. Drupsteen, 'Gemeen spul', in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 106.

50 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 17.

terrein zijn niet zonder meer geschikt voor toepassing op het andere terrein – staat dat niet in de weg aan een meer genuanceerde uitwerking, die een *coherente samenhang* tussen Awb en BW kan bewerkstelligen. Het heeft mijn voorkeur dat zaken waarin het publiekrecht wezenlijk verschilt van het BW in de Awb worden geregeld, maar voor het overige voor zover mogelijk het BW analoog wordt toegepast, waarbij de rechter de ruimte heeft, daar waar nodig, deze voorschriften zo te interpreteren dat zij toepasbaar zijn in bestuursrechtelijke verhoudingen.<sup>51</sup>

Te verwachten valt dan ook dat dit één van de kernvragen is waarover de Awb-wetgever zich in de nabije toekomst zal moeten blijven buigen: hoe is de verhouding met de wettelijke voorschriften uit het privaatrecht? Moet de Awb voor die onderwerpen die een evenknie hebben in het privaatrecht – met het oog op de toekomst valt niet alleen te denken aan de overheidsovereenkomst maar in het bijzonder ook aan de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen – uitputtend zijn?<sup>52</sup> Over deze principiële kwestie is het laatste woord nog niet gezegd.

51 Zo bezien, zou een aantal bepalingen van Titel 4.4 Bestuursrechtelijke geldschulden kunnen vervallen.

52 Zie voor de betekenis van de in de vierde tranche Awb gekozen benadering voor het *overheidsaansprakelijkheidsrecht*: B.J. Schueler, Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen, *preadvies Staatsrechtconferentie 2009*, par. 5; (n.n.g.), vindplaats: <http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/departementrechtsgelerdheid/organisatie/afdelingen/Staatsenbestuursrecht/staatsrechtconferentie>.